
PERSONA Y DERECHO

REVISTA DE FUNDAMENTACIÓN DE LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS Y DE DERECHOS HUMANOS

REVISTA SEMESTRAL DE LA FACULTAD DE DERECHO
ÁREA DE FILOSOFÍA DEL DERECHO - INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS
FUNDADA EN 1974
UNIVERSIDAD DE NAVARRA
PAMPLONA. ESPAÑA / ISSN: 0211-4526
2012/1 / NÚMERO 66 (ENERO-JUNIO) / 2012/2 / NÚMERO 67 (JULIO-DICIEMBRE)

DIRECTORA

Caridad Velarde

CONSEJO DE REDACCIÓN

DIRECTOR TÉCNICO

Juan Cianciardo
UNIVERSIDAD DE NAVARRA

VOCALES

Francisco J. Contreras
UNIVERSIDAD DE SEVILLA

Isabel Trujillo

UNIVERSIDAD DE PALERMO

SECRETARIO

Aitor Rodríguez Salaverría
UNIVERSIDAD DE NAVARRA

Las opiniones expresadas en los trabajos
publicados en esta revista son de la
exclusiva responsabilidad de sus autores

COMITÉ CIENTÍFICO

Javier Hervada
Andrés Ollero
PRESIDENTES DE HONOR

Angela Aparisi
(NAVARRA)

Jesús Ballesteros
(VALENCIA)

Bogusław Banaszak
(WROCLAW)

Francisco Carpintero
(CÁDIZ)

Jean Luc Chabot
(GRENOBLE)

(†) Sergio Cotta
(ROMA)

Francesco d'Agostino
(ROMA)

Paloma Durán
(MADRID)

John Finnis
(OXFORD)

Robert P. George
(PRINCETON)

Juan José Gil-Cremades
(ZARAGOZA)

Mary Ann Glendon
(HARVARD)

Ilva M. Hoyos
(BOGOTÁ)

Roberto Ibáñez
(MÉXICO)

Werner Krawietz
(MÜNSTER)

Antonio L. Martínez-Pujalte
(ELCHE)

Carlos I. Massini
(MENDOZA)

José J. Megías
(CÁDIZ)

Peter-Paul Müller-Schmidt
(MÜNCHENGLADBACH)

Cristóbal Orrego
(SANTIAGO DE CHILE)

José A. Pastor-Ridruejo
(MADRID)

J. P. Rentto
(TURKU)

Pedro Serna
(CORUÑA)

Robert Spaemann
(STUTTGART)

Jean M. Trigeaud
(BURDEOS)

Francesco Viola
(PALERMO)

Christopher Wolfe
(MILWAUKEE)

Dirección, redacción y correspondencia:

Instituto de Derechos Humanos
Edificio de Bibliotecas, despacho 1731
Universidad de Navarra
31080 Pamplona. España.
Tfno.: 34-948425600
Telefax 34-948425636
e-mail: pyd@unav.es

Edita:

Servicio de Publicaciones
de la Universidad de Navarra, S.A.
Campus Universitario
31080 Pamplona (España)
T. 948 425 600

Precios 2011:

Unión Europea:
Suscripción anual: 1 año, 2 vols. / 50 €
Número suelto: 28 €
Otros países:
Suscripción anual: 1 año, 2 vols. / 52 €
Número suelto: 38 €

Maquetación:

pretexto@pretexto.es

Impresión: GraphyCems

Tamaño: 170 x 240 mm

Fecha impresión:
30-diciembre-2012

DL: NA 685-1975
SP ISSN: 0211-4526

PERSONA Y DERECHO

REVISTA DE FUNDAMENTACIÓN DE LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS Y DE DERECHOS HUMANOS
2012* / NÚMERO 66 (ENERO-JUNIO)

LOS DERECHOS SOCIALES

Boguslaw BANASZAK

Constitutionalisation of Social Human Rights – necessity or luxury? 17-28
[Constitucionalización de los derechos sociales. ¿Necesidad o lujo?]

Paloma DURÁN Y LALAGUNA

Las referencias onusianas para una definición europea de derechos sociales 29-48
[The UN references to define social rights in Europe]

Andrés OLLERO

Los nuevos derechos 49-62
[The new Rights]

Enrique DEL CARRIL

Notas para una fundamentación de los derechos sociales 63-79
[Notes for a Foundation of Social Rights]

María Marta DIDIER

La exigibilidad judicial de los derechos sociales básicos: un imperativo del principio de igualdad 81-107
[The judicial enforcement of basic social rights: a requirement of the principle of equality]

Fernando TOLLER

La armonización de derechos mediante el control de razonabilidad. Reflexiones sobre el principio de proporcionalidad y aplicación práctica a partir de un caso de vacunación obligatoria 109-146
[Justice in Decision-making and Discretionary Regulations. The Harmonization of Rights and Public Goods Through a Reasonableness Analysis Using a Case of Mandatory Vaccination]

Carlos HAKANSSON

Los derechos sociales en la Constitución peruana. Elementos para una aproximación al reconocimiento y vigencia de los derechos sociales en el marco iberoamericano

147-180

[Social rights in the Peruvian Constitution. Elements for an approach to the recognition and enforcement of the social rights in the Latin American context]

Carlos Diego MARTÍNEZ-CINCA

La democracia liberal entre la crisis del Estado de bienestar y la retórica circular de la eficiencia

181-200

[Liberal Democracy, the Crisis of the Welfare State, and the Circularity of Efficiency as a Social Goal]

Alfonso MARTÍNEZ-CARBONELL LÓPEZ

Claves educativas para responder a los actuales retos de Europa

201-225

[Educational keys to respond to the current challenges in Europe]

RECENSIONES

RAMÍREZ GARCÍA, H. S. / PALLARES YABUR, P. de J., *Derechos humanos* / [Juan Cianciardo] / 229 // GRONDIN, J., *¿Qué es la hermenéutica?* / [Carlos I. Massini Correas] / 232 // VENDEMIATI, A., *San Tommaso e la legge naturale* / [Daniel Contreras Ríos] / 236 // RODRÍGUEZ PUERTO, M. J., *Interpretación, Derecho, Ideología. La aportación de la Hermenéutica jurídica* / [Leticia Cabrera Caro] / 241 // GARCÍA CUADRADO, Antonio M., *Principios de Derecho constitucional* / [Sonsoles Arias Guedón] / 245 //

PERSONA Y DERECHO

ISSN: 0211-4526

REVISTA DE
FUNDAMENTACIÓN
DE LAS INSTITUCIONES
JURÍDICAS
Y DE DERECHOS
HUMANOS

NÚMERO 66
2012 / 1
LOS DERECHOS
SOCIALES

REVISTA SEMESTRAL DE LA FACULTAD DE DERECHO /
SERVICIO DE PUBLICACIONES DE LA UNIVERSIDAD
DE NAVARRA / PAMPLONA / ESPAÑA



Universidad
de Navarra

Notas para una fundamentación de los derechos sociales

Notes for a Foundation of Social Rights

RECIBIDO: 2012-09-14 / ACEPTADO: 2012-10-21

Enrique DEL CARRIL

Profesor Adjunto de Filosofía del Derecho, Ética Profesional. Universidad Austral /
Derecho Constitucional y Derechos y Garantías. Universidad Católica Argentina
edecarril@uca.edu.ar

Resumen: Existen múltiples clasificaciones de los derechos sociales, todas ellas dirigidas a mitigar su exigibilidad. Pero estas no parecen sostenerse en razones aceptables sino que parten de presupuestos teóricamente discutibles. Por un lado, de que algunos derechos humanos dependerían para su vigencia de la voluntad del legislador, cuestión intrínsecamente opuesta a la misma noción de derechos humanos. Por el otro, de la idea errónea de que los derechos humanos son divisibles y, por ello, disponibles. Este último presupuesto tiene su origen directo en el contractualismo de John Locke.

Por el contrario, la concepción de John Finnis sobre los bienes humanos básicos permite una respuesta más integral al tema de la exigibilidad de los derechos sociales por cuanto su base es una mirada integral sobre el hombre y sus derechos.

Palabras clave: Derechos humanos, derechos sociales, Locke, contractualismo, John Finnis, bienes humanos básicos.

Abstract: There are many classifications of social rights, all of them aimed at mitigating the enforceability of these rights. In this paper I argue that these classifications have a theoretically questionable starting point. On the one hand, that some human rights depend for their effect of the will of the legislator (which is intrinsically opposed to the notion of human rights). On the other hand, the misconception that human rights are divisible and therefore available. This latest budget is derived directly from John Locke's contractualism.

By contrast, the conception of John Finnis on basic human goods allows a more comprehensive response to the issue.

Key words: Human Rights, Social Rights, Contractualism, Interpretation, Basic Goods.

Sumario: 1. Introducción. 2. Clasificar los derechos humanos. 3. Los límites de la exigibilidad. 4. Los derechos y (sus) deberes. 5. Lo humano como problema. 6. El Derecho y los derechos. 7. Hacia una mirada unitiva del Derecho. 8. Los derechos sociales en su contexto. 9. ¿Derechos costosos o inexistentes? 10. A modo de conclusión

1. INTRODUCCIÓN

En el mundo del derecho, existen pocos problemas en los que difiere tanto la fundamentación y su concreta existencia histórica como el de los derechos sociales.

En la práctica, es difícil que alguien los niegue explícitamente, a pesar de que se discuta sobre ellos o se coarte su exigibilidad antes los tribunales. En cambio, en la reflexión teórica, numerosos autores han puesto en duda su misma condición de derechos. En este trabajo se volverá sobre la reflexión acerca de los derechos sociales a partir del análisis de su estructura básica, para recordar algunas nociones que creo importantes en esta discusión.

Es que no hay duda que una realidad que la práctica político-jurídica intenta receptor y operativizar necesita de una fundamentación jurídica concreta y coherente. Aprender acabadamente la estructura y límites de los derechos sociales es un imperativo básico para quienes se dedican al estudio del mundo del derecho y una condición necesaria para que esos derechos encuentren su cauce en la práctica jurídica concreta.

Así, a continuación se pasará revista a algunas nociones básicas sobre los derechos sociales tal como se los considera en la actualidad y a las objeciones que se han planteado respecto a su juridicidad y vigencia, para después intentar algunas explicaciones del por qué de las discusiones que giran en torno a su existencia.

2. CLASIFICAR LOS DERECHOS HUMANOS

Existen varias clasificaciones de los derechos humanos, muy usuales en la manualística del derecho que desnudan claramente los problemas que se encuentran al hablar sobre derechos sociales.

En primer lugar, es muy conocida aquella clasificación de los derechos fundamentales en “operativos” y “programáticos”. Los primeros tienen asegurada su vigencia directa por el solo hecho de ser reconocidos, mientras que los segundos precisan de una cierta actividad estatal (generalmente legislativa) para poder ser invocados y, en consecuencia, ser considerados derechos *pleno sensu*¹.

¹ “La clasificación más atractiva es la que distingue normas operativas y normas programáticas. a) Normas operativas (o autosuficientes, o autoaplicativas), son las que por su naturaleza y formu-

En segundo lugar, la que divide los derechos humanos según criterios “generacionales” o “genéticos”. Según ésta constituyen derechos “de primera generación” los tradicionales derechos civiles y políticos² (en algunas clasificaciones sólo los civiles y los políticos son de segunda generación³) surgidos en las primeras actas de reconocimiento de derechos individuales y que fueron reivindicados por las revoluciones burguesas de los siglos XVIII y XIX, y de “segunda” los económicos y sociales, que hacen su aparición a partir de la revolución industrial y con el consecuente surgimiento de la cuestión social. Y así se van sucediendo las generaciones de derechos hasta la actualidad, en que aparecen los ambientales, de los usuarios y consumidores, etcétera⁴.

lación ofrecen aplicabilidad y funcionamiento inmediatos y directos, sin necesidad de ser reglamentadas por otra norma. La operatividad no impide esa reglamentación: solamente no la exige como imprescindible. b) Normas programáticas son, como lo indica el adjetivo, las que proponen un programa y, por ende, son incompletas, viéndose requeridas de otra norma ulterior que las reglamente y les permita funcionar plenamente. Se suele decir que son de aplicación diferida, hasta que aquella norma posterior las complete. No es así porque, de serlo, se plantea un serio problema en relación con la supremacía de la constitución. En efecto: si se dice que una norma programática contenida en la constitución no puede funcionar hasta que los órganos de poder la reglamentan mediante otra norma derivada más precisa, parece que la supremacía de la constitución queda postergada, bloqueada o relegada hasta que el órgano del poder actúa; y si acaso no actúa, la falta de reglamentación de la norma programática enerva aquella misma supremacía.

Tan compleja cuestión nos obliga a decir, sumariamente, que la existencia de las normas programáticas no viola, por sí sola, la supremacía de la constitución. (Por eso, no descartamos el concepto de norma programática como admisible en el derecho constitucional.) Lo que sí aclaramos es que la inactividad de los órganos del poder que omiten reglamentar mediante normas más precisas a las normas programáticas de la constitución, es inconstitucional por omisión”. BIDART CAMPOS, G., *Manual de la Constitución reformada*, EDIAR, Buenos Aires, 2003, p. 18.

² PÉREZ LUÑO, A., “Las generaciones de derechos fundamentales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n° 10 (1991), pp. 203-217.

³ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., “Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto”, *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año 3, n° 6 (1998), pp. 15-34.

⁴ “A partir de la naturaleza del hombre, el dinámico progreso de la cultura fue manifestando, primeramente, los llamados ‘derechos individuales’ o de ‘primera generación’. Luego, desde comienzo de siglo, ganando nuevos espacios para la dignidad humana, se reconocieron los ‘derechos sociales’ o de ‘segunda generación’, para que finalmente, en la segunda mitad del siglo anterior y como una de las actuales tendencias del constitucionalismo, surjan los llamados derechos de la ‘tercera generación’. Estos últimos son los que vienen a juridizar en numerosos textos constitucionales, las expectativas del hombre, de los grupos sociales y de toda la sociedad en cuyas cabezas están la titularidad de los mismos y que tienden a proteger el medio ambiente sano, la lealtad en las relaciones del consumo de bienes y de utilización de los servicios, los derechos que hacen la identidad y pluralidad cultural, a la información y a la intimidad, al desarrollo, etcétera” HARO, R., *Constitución, poder y control*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, p. 153

No cabría hacer objeción alguna a estos modos de caracterizar los derechos si se tuviera una intención simplemente pedagógica; pero ambas clasificaciones (y otras que sería ocioso enumerar) tienen el claro objetivo de organizar los derechos humanos en jerarquías que apuntan a su mayor o menor grado de exigibilidad⁵. Así, en la clasificación entre operativos y programáticos se sienta una clara línea divisoria entre aquellos derechos que son susceptibles de ser directamente invocados en sede judicial y los que precisan necesariamente de una recepción y organización estatal para poder ser ejercidos.

Por su parte, de la clasificación generacional parece inferirse una suerte de exigibilidad decreciente. Parecería –forzando la metáfora– que los derechos deben llegar a adultos para poder actuar en toda su plenitud, condición que los derechos de “primera” han logrado, los de “segunda” se encuentran en proceso de hacerlo, y los que le siguen solo serían aún niños o adolescentes.

Ahora bien, la pregunta que surge a partir de lo expuesto es si verdaderamente existen razones de peso y suficientemente justificadas que permitan utilizar estas divisiones como criterio válido para diferenciar los derechos humanos.

En los párrafos que siguen se intentará desbrozar estas objeciones para luego analizar sus presupuestos.

3. LOS LÍMITES DE LA EXIGIBILIDAD

En primer lugar está la cuestión de la operatividad de los derechos. Pueden a este respecto hacerse dos distinciones. Si consideramos que un derecho es operativo o programático dependiendo de cómo está enunciado en el texto en que se encuentra (legal, constitucional o del derecho internacional, poco importa para el caso) implicaría afirmar que los derechos, todos ellos, tienen la vigencia que quiera darles el legislador. En definitiva, que los derechos existen si, y solo si, un texto normativo los recepta.

Sin embargo, los derechos humanos, por definición, sirven de valladar a la voluntad de los legisladores y de la injerencia estatal, por lo que aquella afirmación implicaría prácticamente anular la idea misma de derechos

⁵ Cfr. CARBONELL, M., “Eficacia de la Constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas”, *Estudios Constitucionales*, año 6, n° 2 (Chile, 2008), pp. 43-71.

humanos⁶. En efecto, siguiendo el punto de vista que venimos criticando, bastaría que el legislador decida etiquetar ciertos derechos como “programáticos” para que no puedan cumplir la función de limitar al poder y servir de pauta para la acción de los gobernantes sino que, por el contrario, dependan de su voluntad.

Pero podría alegarse que esta dependencia de los derechos sociales respecto de la voluntad del legislador es inevitable puesto que la distinción entre operativos y programáticos responde a algún elemento estructural o “natural” de los derechos.

Esta objeción presenta una serie de inconvenientes. Es que en este caso estaríamos afirmando que hay derechos que (de algún modo o por algún motivo) son más derechos que otros, es decir, son más válidos y vigentes *per se*. Los derechos operativos tienen, por decirlo de alguna manera, una condición de existencia superior a los programáticos: les basta ser, para existir; en cambio, los programáticos dependerán de una condición externa a sí mismos para poder hacerse efectivos. Son, pero no existen.

Esta es, por supuesto, una afirmación posible, pero que debe ser sostenida con argumentos razonables. Y para sostener esta tesis se acude a una clasificación que distingue a los derechos según el objeto del débito de la relación jurídica.

Cualquier relación jurídica se integra a partir de la vinculación dos o más personas o grupos de personas, en la cual una (deudor) tiene la obligación de abstenerse y/o de realizar ciertas acciones respecto de otra (acreedor)⁷. En esta estructura, el término “derecho”, tal como se lo entiende en la expresión “derechos humanos” hace referencia al derecho subjetivo, es decir, a la facultad que tiene el sujeto activo de la relación jurídica de exigir el débito⁸.

El cumplimiento del débito toma diversas formas, pero llevado a su estructura básica implica tres tipos de obligaciones: de respeto (abstenerse de entorpecer el libre ejercicio del derecho), de protección (impedir o sancionar toda perturbación al libre ejercicio del derecho) y de satisfacción o garantía

⁶ ABRAMOVICH, V. y COURTIS, Ch., *El umbral de la ciudadanía (el significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional)*, Estudios del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 4.

⁷ MASSINI CORREAS, C., *Filosofía del Derecho. El derecho y los Derechos Humanos*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001.

⁸ Cfr., en este sentido, HERVADA, J., *Introducción Crítica al Derecho Natural*, Ábaco, Buenos Aires, 2008, pp. 73-75.

(adoptar medidas que promuevan el goce del derecho). Básicamente, cualquier otra forma puede redirigirse a una de estas tres estructuras básicas.

Se afirma, entonces, que hay derechos que sólo reclaman del Estado y de los individuos una obligación de abstención: el sujeto activo (el deudor) cumple con el débito solo con no interferir en el ejercicio de los derechos. El derecho a la vida sería un claro ejemplo: lo único que se pretende es que no se atente contra ella. Por otro lado, existirían otros derechos que requieren algo más: exigen de quien sea el deudor el despliegue de una serie de acciones concretas para hacer efectivo el débito. El derecho a una vivienda digna o a la salud se muestran, aquí, como ejemplos paradigmáticos.

Dentro de estas categorías, los derechos sociales en su carácter de derechos programáticos, serían de aquellos que exigen del deudor una acción concreta para hacer efectivo el débito, mientras que los derechos operativos son de aquellos que no precisan más que una abstención por parte de los demás.

Si esto fuera así, el argumento relativo a la vigencia inmediata de los segundos y a la condicionada de los primeros resultaría atendible.

Pero estas delimitaciones son bastante discutibles.

4. LOS DERECHOS Y (SUS) DEBERES

En rigor, todos los derechos humanos tienen –aunque sea potencialmente– algún aspecto en que el débito es meramente una abstención y otro que exige acciones positivas del deudor. Pensar los derechos como una exigencia correlativa a un solo tipo de obligación es desconocer su contextura y, además, las manifestaciones propias de cualquier sociedad, donde la complejización de las relaciones ha tenido un fiel reflejo en la constitución del derecho actual.

Por ejemplo, el derecho a la vida –que según se afirma es de aquellas típicas relaciones jurídicas de mera abstención– precisa además, al menos por parte del Estado, de la estructuración de políticas preventivas o represivas para lograr que sea respetado (el derecho penal) o mantenido (los sistemas de salud pública, sustentabilidad, etc).

Ahora bien, es cierto que el derecho a la vida (como otros) se posee desde el primer momento de la existencia sin necesidad de acción alguna por parte del Estado y parece que no ocurre lo mismo con otros derechos humanos. Pero esta circunstancia no modifica la naturaleza de los derechos en sí. Que yo tenga algo cuyo goce los demás deben respetar o que algo sea mío y me debe

ser devuelto, son dos acciones con un fundamento en común: en ambos casos, esa “cosa” me pertenece, tengo un derecho sobre ella.

Si esto es así en el caso de los derechos en general, es evidente que fundar la naturaleza de los derechos humanos en la acción que un tercero debe realizar para que pueda gozar de él, no es un motivo suficiente; menos aún si ese tercero es el Estado. Salvo, claro está, que se considere que estos bienes no pertenecen a los hombres hasta que el Estado mismo decida otorgárselos.

Llegamos así a la misma conclusión que en el razonamiento anterior: esto implicaría aceptar que los derechos humanos dependen de la voluntad exclusiva de quien, precisamente, están llamados a limitar.

Pero se acaba de hacer una afirmación no exenta de discusión: que tener un derecho es tener “algo”.

Esto puede parecer evidente en las relaciones jurídicas en general, pero no lo es tanto cuando estamos hablando de ciertos bienes que el hombre tiene por el solo hecho de ser hombre.

En rigor, entonces, la pregunta debe trasladarse a este dato previo que quedó expuesto en el párrafo anterior: ¿qué “pertenece” al hombre? Evidentemente todos aquellos bienes sobre los cuales ejerce su dominio y, entre ellos los principales son los que lo hacen ser, precisamente, humano.

Esta cuestión es especialmente ardua toda vez que la titularidad se expresa a partir de la misma condición de ser humano: son bienes debidos aquellos que corresponden al hombre en cuanto tal⁹. La reflexión se traslada así al ámbito de lo antropológico, es decir, a cuales consideramos que son las características de lo humano y, por ello, qué le corresponde al hombre por esa sola circunstancia.

Esta definición previa es fundamental. Pero no suficiente.

5. LO HUMANO COMO PROBLEMA

Es verdad que, siguiendo la reflexión que acabamos de hacer, la determinación concreta de estos “bienes” resulta esencial. Si ciertos bienes pertenecen a cada individuo por su sola condición de persona e independientemente de

⁹ “... derechos humanos [serán] aquellos derechos subjetivos cuyo título radica en la personabilidad de su sujeto, o en algunas de las dimensiones básicas del desenvolvimiento de esa personabilidad y de los que se es titular los reconozca o no el ordenamiento jurídico positivo y aun cuando éste los niegue” MASSINI, C., *Filosofía del derecho: El derecho y los derechos humanos*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 102.

que alguna vez los haya gozado efectivamente, la determinación de cuáles sean puede modificar sustancialmente las relaciones jurídicas en una sociedad. Es más, fija la identidad político-jurídica de la sociedad misma.

Se han ofrecido muchos intentos de respuesta a esta cuestión, pero me centraré únicamente en uno de ellos. Una de las explicaciones más acabadas podemos encontrarla en la tesis de John Finnis sobre la existencia de ciertos “bienes humanos básicos”, prejurídicos (premorales) que otorgan racionalidad a lo jurídico¹⁰. Este autor identifica siete bienes concretos: la vida, el conocimiento, el juego, la experiencia estética, la sociabilidad (amistad), la razonabilidad práctica y la religión¹¹.

Ahora bien, es importante señalar que en la concepción de Finnis deben entenderse los bienes humanos básicos como “dimensiones fundamentales de la naturaleza humana”¹². Esta aclaración es pertinente porque equivocadamente se los suele identificar (o a cualesquiera otros que se consideren básicos como, por ejemplo, la libertad o la dignidad) como correlativos con sendos derechos humanos. Según esta perspectiva los derechos humanos (en tanto facultades de reclamar) resultarían una suerte de vías o instrumentos jurídicos para obtener determinados bienes. Así, al bien humano “vida” le correspondería el derecho a la vida y al bien “conocimiento” le correspondería el derecho a la educación y así sucesivamente.

6. EL DERECHO Y LOS DERECHOS

Si consideramos a los derechos humanos como unívocamente correlativos con bienes determinados resulta razonable la conclusión de que es posible reconocer algunos (los operativos) y negar o cercenar otros (los programáticos).

Pero esto es una simplificación que está fundada en una percepción insular de los derechos humanos según la cual, como se dijo, cada uno de ellos es un instrumento para proteger un aspecto determinado del hombre y, en consecuencia, las relaciones entre sí son puramente ocasionales y no necesarias.

¹⁰ FINNIS, J., *Ley natural y derechos naturales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, *passim*.

¹¹ *Ibid.*, pp. 117-121.

¹² MASSINI CORREAS, C., *El derecho natural y sus dimensiones actuales*, Ábaco, Buenos Aires, 1999, p. 79.

Los motivos por los cuales ésta es la mirada preponderante en la actualidad son muchos, pero creo que responde principalmente a la configuración de los derechos humanos según se entendieron ya en los inicios modernos del concepto, porque aquella perspectiva estaba sesgada por una determinada concepción de la naturaleza humana.

En el *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, John Locke¹³ establece el postulado del hombre en estado de naturaleza. Este supuesto individuo posee una libertad a partir de la cual va constituyendo, con el fruto de su actividad, su propiedad¹⁴; tiene además, por derecho e inclinación natural, la potestad de castigar a aquellos otros hombres que atenten contra sus derechos¹⁵. Pero como esta potestad es fácilmente pervertible ya que las personas tienden a extralimitarse en la defensa de su propiedad, el hombre se aúna con otros constituyendo la sociedad política. Al unirse por el contrato social, delega su libertad y la potestad de resguardar su propiedad y castigar abusos. Este hombre cede, entonces, ciertos derechos que le corresponden por naturaleza y conserva otros (la propiedad, en el sentido amplio en que se la entiende en esta obra).

Este razonamiento tiene dos objetivos concretos en la tesis de Locke: de un lado, justifica la existencia del orden político (y su obligatoriedad) y del otro, deja a salvo ciertos derechos del hombre que no podrían ser vulnerados, so pena de violar el contrato social. Pero el precio de esta conceptualización implicó un desmembramiento antinatural de los derechos: para el ejercicio de ciertos derechos, el hombre debía someterse al Estado mientras que sobre otros conservaba pleno dominio.

¹³ LOCKE, J., *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, Alianza, Madrid, 1990.

¹⁴ § 26 “Aunque la tierra y todas las criaturas inferiores sean a todos los hombres comunes, cada hombre, empero, tiene una propiedad en su misma persona. A ella nadie tiene derecho alguno, salvo él mismo. El ‘trabajo’ de su cuerpo y la ‘obra’ de sus manos podemos decir que son propiamente suyos. Cualquier cosa, pues, que él remueva del estado en que la naturaleza le pusiera y dejara, con su trabajo se combina y, por tanto, queda unida a algo que de él es, y así se constituye en su propiedad”.

¹⁵ § 87 “El hombre, por cuanto nacido, como se demostró, con título a la perfecta libertad y no sofrenado goce de todos los derechos y privilegios de la ley de naturaleza, al igual que otro cualquier semejante suyo o número de ellos en el haz de la tierra, posee por naturaleza el poder no solo de preservar su propiedad, esto es, su vida, su libertad y hacienda contra los agravios y pretensiones de los demás hombres, sino también de juzgar y castigar en los demás las infracciones de dicha ley, según estimare que el agravio merece, y aun con la misma muerte, en crímenes en que la odiosidad del hecho, en su opinión, lo requiriere”.

Esta es la idea de base sobre la cual se apoya la concepción actual que supedita la vigencia de ciertos derechos a la concesión graciosa del Estado. Basta una somera mirada a las clasificaciones que anotáramos al principio para advertir que los derechos operativos son aquellos que Locke imaginó como los que el hombre se reservó al constituir el contrato social y los programáticos los que cedió al Estado.

Así, a partir de la idea del pacto social como acuerdo en que las partes renuncian a sus derechos, se desglosan dos consecuencias que impactan en la tradición jurídica actual: 1. Que algunos derechos humanos son disponibles por el Estado y otros no y 2. Que es posible deslindar sin confusión unos de otros.

La concepción de Finnis sobre los bienes humanos básicos, en cambio, permite una respuesta distinta. Según ella “todos estos valores son bienes en sí mismos, valiosos de por sí y no en razón de otros bienes ulteriores; y todos son igualmente básicos, es decir que no puede establecerse una jerarquía objetiva entre ellos... [p]or ello, deben ser buscados todos en cada acto humano y no es posible obrar deliberada y principalmente en contra de alguno de ellos”¹⁶ y lo mismo ocurre con los derechos humanos ya que los bienes humanos básicos son su presupuesto; en la expresión de Finnis “la gramática moderna de los derechos proporciona una forma de expresar virtualmente todas las exigencias de la razonabilidad práctica”¹⁷.

Esta posición muestra, entonces, que existe un elemento unitivo de los derechos humanos constituido por estos bienes humanos básicos, que son las pautas a partir de las cuales actúa la razón práctica¹⁸. En consecuencia los derechos humanos son aspectos o “formas de expresar” el actuar jurídico que, como tal, está dirigido al hombre en su integralidad.

Si trasladamos esto al discurso de los derechos humanos, toda la especulación a la que nos referíamos al principio sobre la vigencia inmediata de “unos” derechos humanos y necesidad de recepción normativa de “otros” pierde mucho de su sentido. Veamos.

¹⁶ MASSINI CORREAS, C., *El derecho...*, op. cit., p. 80.

¹⁷ FINNIS, J., *Ley natural...*, op. cit., p. 227.

¹⁸ “... Todo esto cobra especial interés si no se olvida que dieciocho años después de la Declaración Universal surgen dos Pactos, de llamativo paralelismo, que se ocupan, respectivamente, de los derechos civiles y políticos y de los ‘derechos económicos, sociales y culturales’. Su redacción no es en modo alguno complementaria, ya que no acogen derechos diversos, sino más bien reflejan versiones distintas de una misma realidad”, OLLERO, A., “Como tomarse los Derechos Humanos con filosofía”, *Revista de Estudios Políticos*, n° 33 (1983), pp. 101-122.

7. HACIA UNA MIRADA UNITIVA DEL DERECHO

Los juristas estamos acostumbrados a hablar de los derechos humanos como compartimientos estancos porque, fundamentalmente, esto permite acotar el ámbito de discusión a un tema específico. Pero en algunas ocasiones, esta mirada lleva a conclusiones inicuas porque apartan el discurso de los derechos de aquello que es su fin primordial: la justicia.

Un interesante ejemplo puede verse en el conocido fallo de la Corte Constitucional de la India “Tellis”¹⁹. Se discutía allí el reclamo de indigentes que habían instalado sus viviendas precarias en la vía pública y estaban siendo desalojados por el gobierno. Los jueces del Tribunal se encontraron ante una decisión compleja ya que la Constitución de ese país prohibía reclamar judicialmente derechos programáticos si no habían sido receptados y reglamentados por una ley. Sin embargo, la Corte Constitucional hizo lugar al reclamo. Para ello, ligó el derecho de los demandantes a oponerse al desalojo al derecho constitucional a la vida (éste, como derecho operativo, era susceptible de ser directamente invocado):

“El alcance del derecho a la vida conferido por el Artículo 21 es más amplio. No significa simplemente que la vida no pueda ser extinguida o cercenada como, por ejemplo, por la imposición y la ejecución de la pena de muerte, excepto según el procedimiento establecido por la ley. Este es sólo un aspecto del derecho a la vida. Una faceta igualmente importante de aquel derecho es el derecho a un modo de vida²⁰ porque, ninguna persona puede vivir sin un motivo, es decir, un modo de vida. Si el derecho a vivir de determinada manera no es tratado como una parte del derecho constitucional a vivir, el modo más fácil de privar a una persona de su derecho a la vida sería para privarlo de su modo de vida al punto de abrogar la propia vida”²¹.

¹⁹ Supreme Court of India “Olga Tellis & Ors. vs. Bombay Municipal Corporation & Ors, etc.”, date of Judgment 10/07/1985 <<http://judis.nic.in/supremecourt/chejudis.asp>>, 2012 (10 de octubre)

²⁰ La traducción me pertenece, por lo que es muy perfectible. La expresión en inglés “livelihood” no tiene su equivalente en castellano, por eso se utilizó “modo de vida”, aunque me parece que no expresa con exactitud todo el contenido semántico de la expresión en inglés. Para traducir exactamente el sentido de la palabra en inglés deberíamos acuñar un neologismo como “lividad” pero, como es evidente, sería inentendible.

²¹ 2.1 The sweep of the right to life conferred by Article 21 is wide and far reaching. It does not mean merely that life cannot be extinguished or taken away as, for example, by the imposition and execution of the death sentence, except according to procedure established by law. That is but one

La idea que sostiene este fallo es poderosa y, creo, llega con claridad a la médula de la cuestión que venimos tratando. La discusión sobre la operatividad de algunos derechos olvida que lo esencial no es qué derechos se poseen, sino cuales son los modos jurídicos de acceder a aquello que es debido. Cada uno de los derechos humanos son caminos posibles, pero –por eso mismo– no pueden convertirse en obstáculos.

Por eso no es suficiente con reconocer a alguien que tiene la facultad para reclamar, es decir, que tiene un determinado derecho subjetivo. El Derecho no se trata de eso, sino de relaciones jurídicas concretas: alguien le debe algo a alguien. Y ese débito puede no ser unívocamente correlativo con un derecho humano específico.

Cuando un operario reclama una indemnización porque ha sufrido un accidente laboral que ha dañado su salud (bien), ese reclamo no se funda en que se ha violado su derecho a la salud (derecho). Si lo hiciera así, bien podría alegarse que su empleador no es el sujeto pasivo de este derecho ya que no tiene un deber genérico de proteger la salud del reclamante. El reclamo se funda en la relación jurídica existente entre ambos, que es laboral, y lo que fundamenta la condición de deudor del empleador es esa relación concreta en la que el derecho subjetivo (el derecho humano) afectado es el de trabajar en condiciones adecuadas. Como vemos, el bien afectado aquí es la salud, pero el derecho correlativo a esa deuda está fundado en otro derecho humano, el derecho al trabajo, que *prima facie* no tiene relación con la salud.

8. LOS DERECHOS SOCIALES EN SU CONTEXTO

Esto es lo que ocurre con los derechos sociales. No tiene sentido discutir su grado de vigencia en abstracto. Lo importante, en realidad, es si en aquellos casos en que la cuestión se suscite, existe una relación jurídica que permita reclamar el contenido de estos derechos.

Como bien señala Finnis, los juristas estamos acostumbrados a ver las relaciones jurídicas como relaciones de dos términos (A tiene derecho a x)

aspect of the right to life. An equally important facet of that right is the right to livelihood because, no person can live without the means of living, that is, the means of livelihood. If the right to livelihood is not treated as a part of the constitutional right to live, the easiest way of depriving a person of his right to life would be to deprive him of his means of livelihood to the point of abrogation.

cuando, en rigor, tienen tres (A tiene derecho a reclamarle X a B)²². La mirada del derecho como relación de dos términos no es incorrecta ya que, evidentemente, el acreedor “tiene derecho” y por eso puede reclamar lo que se le debe, pero este derecho subjetivo no puede existir en abstracto sino que es un modo de nombrar la relación jurídica desde el punto de vista del acreedor (de quien tiene el derecho).

Es por esto que los disensos sobre la naturaleza de los derechos sociales parecen más bien un desacuerdo verbal. La verdadera cuestión no está en analizar si los derechos sociales en cuanto tales son exigibles o no: la discusión correcta debe centrarse en la determinación del sujeto pasivo de la obligación y los bienes concretos a los que ella se refiere.

Dejaré de lado el tema del sujeto pasivo. Brevemente, podemos decir que la disyuntiva que se presenta en el caso de los derechos sociales es si el Estado o los particulares deben ser deudores. No es que esta cuestión sea menor para el tema que estamos tratando; es más, es esencial. Pero ocurre que dilucidarla implicaría un trabajo de más largo aliento, que examine todas las posibles relaciones jurídicas concretas para delimitar los criterios que permitan determinar en qué casos es el Estado y en cuáles son los particulares los deudores y, además, si existen alternativas mixtas o intermedias.

Respecto al otro elemento señalado (el de los bienes concretos a los que se refieren los derechos sociales) se analizarán a continuación algunos aspectos a tener en cuenta ya que la mayoría de las objeciones a la vigencia de los derechos sociales apuntan a este aspecto.

9. ¿DERECHOS COSTOSOS O INEXISTENTES?

Además de esta necesidad de definir los caracteres del Hombre para poder determinar qué es aquello incluido en la noción de derechos humanos, existe otro dato evidente que debe ser tenido en cuenta: el límite de lo que se puede exigir está dado también por la efectiva existencia de los bienes a los que desea acceder. Si no existen estos bienes, no hay derecho posible puesto que no hay sobre qué ejercer esa titularidad.

Resulta importante anotar esto, puesto que sobre este elemento se fundan las principales objeciones respecto de los derechos sociales. La central es

²² FINNIS, J., *Ley natural...*, op. cit., p. 230.

que los derechos sociales son económicamente inviables o, al menos, que son excesivamente onerosos.

Esta objeción sobre el “costo” ha sido incluso motivo de debate en la positivización de los derechos sociales. En los tratados básicos de derechos humanos esta preocupación se ha visto reflejada en la llamada “cláusula de la progresividad”. Así, el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas..., hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”. En términos casi idénticos se expide la Convención Americana sobre los Derechos Humanos²³.

Esta preocupación por los aspectos presupuestarios es, evidentemente entendible y atendible, aunque –como también es obvio– no se limita sólo a la vigencia de los derechos sociales sino a la de cualquier derecho (o aspecto de un derecho), siempre que implique alguna erogación para el Estado.

Y casi todos lo implican.

Por ejemplo, los derechos políticos precisan de una importante actividad por parte del Estado que se traduce, evidentemente, en costos elevados. Los “precios” de un proceso electoral, por ejemplo, no son menores. Lo mismo puede decirse de la protección de derechos como la propiedad o vida: el Estado organiza para ello una impresionante estructura (fuerzas de seguridad preventiva, tribunales, etc.) que consume una parte importante del presupuesto.

En definitiva, no hay una diferencia concreta en el costo de los derechos: tanto los civiles como los sociales exigen obligaciones pasivas y activas en las que siempre es preciso comprometer importantes recursos financieros estatales²⁴.

²³ Artículo 26 CADH “Desarrollo Progresivo: Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

²⁴ GIALDINO, R., “Los derechos económicos, sociales y culturales. Su respeto, protección y realización en el plano internacional, regional y nacional”, *Investigaciones* 2, Buenos Aires, Secretaría de Derecho Comparado de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina, 1999, pp. 361/395.

Con esto quiero demostrar que, en rigor, lo que preocupa en el aspecto concreto de los derechos sociales no es, estrictamente, su costo sino su indeterminabilidad. Parecería que no podemos saber a ciencia cierta cuanto costarán estos derechos.

La economía política es (como dato básico y primordial) la ciencia que analiza cómo debe hacerse la distribución pública de bienes y servicios escasos entre necesidades abundantes y diversas. Es preciso que el Estado pondere adecuadamente sus ingresos y distribuya cuidadosamente sus gastos mediante un presupuesto²⁵. Ahora bien, éste tiene por objeto final la supervivencia del propio Estado y la promoción de los derechos de sus ciudadanos. De allí cabe concluir que los derechos sociales deberían ser, claramente, uno de los objetivos presupuestarios fundamentales²⁶.

Aunque la distribución de los fondos del Estado está lejos –como algunos pretenden– de ser la puesta en vigencia efectiva de los derechos sociales hasta el límite de lo económicamente posible. Como se dijo al principio, la función primordial de los derechos humanos es servir de límite contra la actividad y el abuso estatal y, por ello, no es posible concebir que las leyes del propio Estado sean determinantes de la vigencia de los derechos. Una ley de presupuesto o los actos administrativos de ejecución de los planes estatales en la materia son actos del Estado y, por ende, deben estar supeditados a los derechos humanos y no viceversa.

Pero esta multiplicidad de objetivos económicos de los que debe ocuparse el Estado implican, obviamente, que la objeción a la que venimos haciendo referencia tiene su base fuerte: no es posible atender en todo momento a todo reclamo individual en materia de derechos que exigen una acción estatal concreta y onerosa. En primer lugar porque, como se dijo, los bienes son escasos y deben distribuirse en las diferentes actividades estatales e incluso es preciso cubrir las necesidades del propio Estado para asegurar su supervivencia. En

²⁵ Un interesante planteo sobre la relación entre los presupuestos nacionales y la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales puede verse en ELIZONDO BREEDY, G. y FERRARO CASTRO, F. “Efecto de los derechos económicos, sociales y culturales en la formulación del presupuesto nacional”, *Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio*, vol. I, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos y Unión Europea, 1998.

²⁶ Y de hecho lo es: sería impensable hoy día que un Estado no asigne ni una moneda de sus recursos en planes sociales, políticas para la promoción del trabajo y la vivienda o inversiones en infraestructura de educación y salud.

segundo lugar porque los derechos sociales (y los derechos fundamentales en general) son, en la frase de Alexy “mandatos de optimización”²⁷ que ordenan poner en vigencia un determinado valor en la mayor medida posible: de allí que no puede existir un cumplimiento acabado de los derechos sociales, sino que a mayor promoción de estos derechos, mayores exigencias para que se eleve su estándar y la calidad de las prestaciones.

Tradicionalmente la gestión de estos asuntos y la justa distribución de los bienes escasos entre las necesidades abundantes era una tarea exclusivamente política. Pero la complejización de la sociedad y, por sobre todo, la crisis de representación de las clases políticas²⁸ ha arrastrado con ella a los procesos de determinación política del presupuesto. Hoy, el ciudadano común desconfía y, como obvia consecuencia, intenta obtener sus derechos (o, en algunos casos, lo que él pretende que es su derecho) por las otras vías institucionales que existen para esos fines: los jueces.

El problema es que el poder judicial ha intentado responder a estos reclamos utilizando las herramientas con las que habitualmente resuelve conflictos entre particulares. En el derecho constitucional clásico (más específicamente en el derecho procesal constitucional) la vía más común para reclamos de esta índole (fundados en derechos humanos) es la acción de amparo.

Excedería los límites e intenciones de este trabajo hacer una historia de esta garantía constitucional, pero lo concreto es que –desde sus orígenes– se utilizó para reclamar por la violación de derechos fundamentales; y, en la mayoría de los casos, la acción únicamente podía dirigirse contra el Estado²⁹.

Esto plantea con especial urgencia la necesidad de encontrar nuevas y más imaginativas opciones para hacer efectivos los derechos sociales sobre la base, por ejemplo, de legitimaciones plurales o colectivas. Si bien se ha avanzado mucho sobre este aspecto, la cuestión merece un atento seguimiento y dedicación: garantías como las acciones de clase, los amparos colectivos o los llamados “procesos estructurales” parecen un camino adecuado.

²⁷ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 86 y ss.

²⁸ GARCÍA GUTIÁN, E., “Crisis de la representación política: las exigencias de la política de la presencia”, *Revista de estudios políticos*, n° 111 (2001), pp. 215-226.

²⁹ SAGÜÉS, N. P., *Acción de Amparo*, Astrea, Buenos Aires, 1988.

10. A MODO DE CONCLUSIÓN

Las reflexiones que se acaban de hacer dejan más interrogantes que respuestas. Sin embargo, creo que el dejar planteadas una serie de preguntas es, necesariamente, lo que debe hacerse en el caso de los derechos sociales.

En efecto, resumir la cuestión en la clave que ha querido dársele en este trabajo implica algo más que optar por una de las posturas existentes en torno a la justiciabilidad de los derechos sociales.

Como se intentó demostrar, un comienzo de solución a estos problemas implica repensar las bases mismas a partir de las cuales se analiza el tema de los derechos subjetivos en la actualidad. La mirada a estos derechos como simples instrumentos jurídicos es, en definitiva, una mirada formalista que nada ayuda en los objetivos últimos del Derecho en general.

La clasificación de los derechos humanos en operativos y programáticos no es sólo, como se dijo, una manera de coartar la exigibilidad de los derechos sociales sino que es un signo de una modo de ver el Derecho.

El horizonte ideológico de la modernidad tiene el pálido mérito de haber inaugurado el “lenguaje” de los derechos humanos. Pero al precio de hacernos perder la mirada integral sobre el Derecho y su vinculación íntima con aquello que el hombre es.

Una última reflexión debe vincularse con el papel de los jueces. Debemos tener en claro que la simple negación de justiciabilidad de estos derechos no resuelve nada. Como hemos visto en el caso “Tellis” estas supuestas barreras pueden ser superadas.

Tampoco parece posible esgrimir la objeción de la división de poderes. Es cierto que, en la arquitectura de las democracias modernas la función de hacer efectivos los derechos sociales parece estar asignada a los otros dos poderes del Estado, pero la realidad es que la ciudadanía en general considera que han fallado en su misión. Y si no encuentran respuesta en el Poder Judicial, la sensación de desamparo será absoluta.

Y esto haría peligrar incluso la propia democracia, como muestra la Historia sobrados ejemplos.